



A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PRINCÍPIOS NORTEADORES, ORGANIZAÇÃO CONFORME A LEI 8.080/90, POSSIBILIDADES E LIMITES DA JURISDIÇÃO NAS AÇÕES DE FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH IN BRAZIL: GUIDING PRINCIPLES, ORGANIZATION AS THE LAW 8.080/90, POSSIBILITIES AND LIMITES OF JURISDICTION IN ACTIONS OF FREE MEDICINE PROVISION

Anna Christina Zenkner¹
Natal dos Reis Carvalho Junior²

RESUMO

O tema desenvolvido neste trabalho ocupa-se do crescente movimento de judicialização do direito à saúde, caracterizado pelo excesso de demandas judiciais visando à obtenção de tratamentos de saúde e medicamentos. Fez-se um estudo sobre o direito à saúde, seus princípios e organização da saúde no Brasil à luz da Lei 8.080/90. Posteriormente, analisou-se os parâmetros para a racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de medicamentos. Constatou-se necessidade de adequação de procedimentos e critérios, tanto administrativos quanto judiciais, para viabilizar políticas públicas buscando a melhor utilização do erário a fim de alcançar a satisfação plena do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; Princípios; Organização; Judicialização; Procedimentos de uniformização.

ABSTRACT

The theme of this paper deals with the increasing movement of judicialization of the right to health, characterized by the excess of judicial demands aiming at the obtaining of health treatments and medicines. A study was made on the right to health, its principles and health organization in Brazil in light of Law 8.080 / 90. It analyzed parameters for rationalization of the judicialization in the supply of medicines. He noted the need to adapt procedures and criteria, both administrative and judicial, to make public policies feasible in order to achieve satisfaction of the right to health.

Keywords: Right to health; Principles; Organization; Judicialization; Standardization procedures.

¹ Tabeliã do Tabelionato de Notas e de Protestos de Pitangueiras-SP; Mestranda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. São Paulo (Brasil). E-mail: retenciasguaxupe@hotmail.com

² Professor do Centro Universitário da Fundação Educacional Guaxupé; Professor do Curso de Pós-Graduação em Serviço Social da UNIFAE; Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. São Paulo (Brasil). E-mail: annaczenkner@hotmail.com



1. INTRODUÇÃO

Ações para a reivindicação de medicamentos e acesso a tratamento de saúde já não causam qualquer estranheza no Brasil. Esse fenômeno está na pauta de discussão do Poder Público e da Sociedade. Este artigo se propõe a analisar as ações para concessão judicial gratuita de medicamentos e o crescente movimento de judicialização da saúde no Brasil. Inicialmente, faz-se uma abordagem constitucional relativa ao direito à saúde, associado aos princípios que regem o Sistema Único de Saúde (SUS) e seus critérios da organização em face da Lei 8.080/90.

Apresenta-se um breve apanhado sobre a organização do orçamento público com alguns parâmetros para atuação judicial no fornecimento de medicamentos. Os objetivos da pesquisa são a apresentação da judicialização do fornecimento gratuito de medicamentos e a demonstração das dificuldades encontradas no momento da concessão da medida pleiteada. Essas dificuldades ocorrem em função da não utilização de métodos adequados para a aferição dos requisitos necessários à concessão de remédios pela via judicial. Outro ponto significativo é a interferência na esfera administrativa, razão pela qual se fará análise da constante intervenção do Poder Judiciário nessa relação, através da jurisprudência relacionada à matéria.

A pesquisa foi realizada adotando-se a técnica de pesquisa bibliográfica, estudo de legislação e análise de jurisprudência. Afinal, é razoável a intervenção praticada pelo Poder Judiciário na área de Saúde ou viola a independência do Poder Executivo? A judicialização da saúde é capaz de garantir a efetividade desse direito ao cidadão ou dificulta a gestão do sistema de saúde como um todo?

Importa destacar que este estudo não tem pretensão de apresentar conclusões definitivas sobre a temática, que é complexa, mas sim, apresentar uma análise dos problemas e de suas implicações para servir de panorama a novos estudos e a possíveis soluções. Dessa forma, o presente estudo aborda assunto atual e questionador, relevante para o Direito, visto que as ações de medicamentos são controvérsias concretas postas para a apreciação do Poder Judiciário.

2. DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL

O direito à saúde é parte de um conjunto de direitos chamados de direitos sociais, que têm como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. A saúde é um direito de todos, porque



sem ela não há condições de uma vida digna, e é um dever do Estado, visto que é financiada pelos impostos que são pagos pela população. (SARLET, 2001, p.76)

Como expressão do direito à vida, imbuído na noção de dignidade da pessoa humana, o direito à saúde situa-se, assim, como direito individual fundamental (art. 5º da Constituição Federal de 1988), e sua satisfação encontra-se no cerne dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, conforme art. 1º, III, da Constituição (FORTES; PAULSEN, 2005, p.318).

Naturalmente, entende-se que o Estado tem a obrigação de prover atenção à saúde, porém, é impossível tornar todos sadios por força de lei (MATOSINOS, 2008). Desta forma, “para que o direito à saúde seja uma realidade é preciso que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, medicamentos, etc. E, além disto, é preciso que “este atendimento seja universal (atingindo a todos os que precisam) e integral (garantindo tudo o que a pessoa precise) (MATOSINOS, 2008).

Cumprir, entretanto, que a concessão de medicamentos e tratamentos médicos por meio de decisões em processos judiciais desestabiliza a harmonia do sistema, facultando uma ingerência do Poder Judiciário sobre esfera precípua das demais funções do poder do Estado.

Nesse ponto, cabe lembrar que como está expresso no art. 196 da Constituição Federal, o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, a própria Constituição reconhece que para garantir a saúde é preciso muito mais que acesso aos serviços. Faz-se necessário dispor de políticas que possibilitem aos indivíduos a moradia adequada, saneamento básico, emprego, renda, lazer e educação. Considerando que a escassez de recursos é incontroversa, verifica-se que não é possível prescindir das políticas quando o objetivo é garantir a observância aos princípios de universalidade, integralidade, igualdade e equidade no acesso aos serviços de saúde (VIEIRA, 2016).

Diante da escassez de recursos, é preciso considerar que as escolhas feitas pelo administrador se baseiam em restrições de ordem financeira. Há, diante dessas limitações, a necessidade de estabelecer critérios de alocação de recursos e de destinação destes para cada área específica, de critérios de inclusão e exclusão para realização de determinado tratamento ou concessão de medicamento. Não são decisões fáceis, mas que precisam ser tomadas por imposição da realidade. Tais escolhas não devem ser baseadas em casos específicos, mas levando-se em consideração toda a coletividade estabelecendo-se critérios objetivos.

Assim, e ante ao fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações positivas do Estado, põe-se em relevo sua dimensão econômica e a análise não apenas da conveniência e

oportunidade de adoção da medida, mas, principalmente, da possibilidade, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se desprenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica e financeira.

Nesse sentido, e em relação à saúde, “optou o Administrador brasileiro, com base na teoria alemã, em concretizar os direitos sociais levando-se em conta à ‘reserva do financeiramente possível’, utilizando-se de escolhas que alcançassem a maior parte da população, ainda que, para tanto, algumas situações específicas tivessem que ser excluídas” (RORIZ, 2002, p.28).

Sensível a tais questões, os Tribunais vêm entendendo que a intervenção judicial há que se limitar a casos que envolvam o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão mais reduzida: o mínimo vital (que se traduzirá na menor dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana). Tal entendimento coaduna-se com a realidade de um país continental, com desigualdades sociais e regionais, e com recursos limitados para oferecer uma estrutura condizente com as necessidades.

Por essa razão, a concretização do direito à saúde, em que pese seu conteúdo programático, deverá ser implementada por atos eminentemente políticos, por meio de uma legislação que a concretize e de atos administrativos que a realizem segundo critérios de conveniência, oportunidade e, repita-se, possibilidade.

3. PRINCÍPIOS QUE REGEM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

O Sistema Único de Saúde, explicam Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, teve seus princípios estabelecidos na Lei Orgânica de Saúde, em 1990, com base no art. 198 da Constituição Federal de 1988. Sob a regência maior dos princípios constitucionais, a Lei 8.080/90, em seu art. 7º, “especifica uma série de princípios deles derivados, e também pertinentes à expressão, no campo da saúde, de determinados direitos e garantias individuais” (2005, p.318).

Ainda, “os princípios da universalidade, da integralidade e da equidade são às vezes chamados de ideológicos ou doutrinários, e os da descentralização, da regionalização e da hierarquização de organizacionais, mas não está claro qual seria a classificação do princípio da participação popular” (FORTES; PAULSEN, 2005, p.318).

Pelo princípio da Universalidade se entende que “a saúde é um direito de todos”, como afirma a Constituição Federal. Para Heloisa Quaresma, a universalidade de atendimento subjetiva



refere-se aos sujeitos protegidos, ou seja, todas as pessoas em estado de necessidade devem ser atendidas pela Seguridade Social. Acrescenta a autora que a “universalidade de cobertura é objetiva e diz respeito às contingências cobertas, ela significa cobrir todos os eventos que causem estado de necessidade e é objetiva porque diz respeito a fatos que deverão ser cobertos pela Seguridade Social”(QUARESMA, 2008).

A atenção à saúde inclui tanto os meios curativos quanto os preventivos; tanto os individuais quanto os coletivos (ROMANELLI, 2016). Deve-se, em certa medida, reconhecer que “a atenção à saúde deve levar em consideração as necessidades específicas de pessoas ou de grupos de pessoas, ainda que minoritários em relação ao total da população”. Assim sendo, o sistema de saúde deve atender “cada qual de acordo com suas necessidades, inclusive no que pertine aos níveis de complexidade diferenciados” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016), daí o seu caráter de integralidade.

Norteados pelos princípios supra, surge a necessidade de “amenizar as disparidades sociais e regionais existentes em nosso país”. Logo, “o princípio da equidade reafirma que essa necessidade deve dar-se também por meio das ações e dos serviços de saúde”. Há, portanto, uma “sinergia e uma série de externalidades positivas geradas a partir da melhora das condições de saúde da população o que faz concluir que de fato a saúde é fundamental na busca de uma maior equidade” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

4. CRITÉRIOS DE ORGANIZAÇÃO DA SAÚDE DE ACORDO COM A LEI 8.080/90.

O SUS enfrenta uma das mais difíceis situações de sua existência, ante as novas e ilimitadas ações judiciais, baseadas em princípios constitucionais que garantem o direito à saúde e, também, a assistência farmacêutica. A União é a principal gestora e financiadora do SUS, mas não executora direta da maioria das atividades. Estas devem ser propiciadas pelos Estados, Municípios, e, ainda, pela participação complementar, conforme se depreende da leitura dos artigos 15, 16, 17, 18, 24 e seguintes da Lei nº 8.080/90. Logo, existem três níveis de gestão no SUS: o federal, o estadual e o municipal, cada qual com competências próprias e determinadas pela Lei nº 8.080/90.

Nesse diapasão, a partir da divisão de competências realizada pela Lei 8.080/90, percebe-se claramente que a União, por meio do Ministério da Saúde, na condição de gestor federal do Sistema, promove as condições e incentiva os demais Entes, baseado nos objetivos de definição de prioridades de intervenção coerentes com as necessidades de saúde da população e

garantia de acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção (FORTES; PAULSEN, 2005, p. 318). Não lhe cabe, entretanto, a execução direta dos serviços de saúde pública, tarefa esta afeta às competências dos Estados e Municípios de acordo com a Lei 8.080/90.

Ora, uma das diretrizes fundamentais contidas na Política Nacional de Medicamentos é a “Reorientação da Assistência Farmacêutica”, em que o novo modelo está sendo redefinido de modo a que não se restrinja à aquisição e à distribuição de medicamentos (NEGRI, 2016). As ações incluídas nesse campo da assistência têm por objetivo implementar, no âmbito das três esferas do SUS, todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais. Esta reorientação do modelo fundamenta-se, em especial, na “descentralização da gestão e na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001).

É dentro desta ótica que o Ministério da Saúde aprovou a Portaria GM nº 176/99, de 08/03/99, “iniciando o processo de descentralização da Assistência Farmacêutica Básica, transferindo recursos federais”, ao tempo em que “Estados e Municípios brasileiros participam com outros recursos, que possam garantir um financiamento adequado, e, conseqüentemente, garantir o acesso, pela população brasileira, aos medicamentos essenciais, onde se destacam aqueles de uso contínuo” (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, 2002).

De acordo com o disposto no art. 198 da Constituição da República, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo[...].

No mesmo sentido, o art. 7º, IX, da Lei nº 8.080/90 reafirmou constituir-se “princípio das ações e serviços públicos de saúde a descentralização político-administrativa”, o que implica reconhecer que, já em sede legislativa, foi concebido um sistema em que ao “Ente Político maior (União) cabe o planejamento e ações de âmbito geográfico nacional, ficando principalmente sob a competência dos Estados e Municípios a execução direta das medidas preventivas e curativas em níveis regional e local”. No caso, “a descentralização implica deslocamento das ações executivas diretamente vinculadas ao atendimento dos necessitados, dentre as quais destacam-se a realização de exames tendentes a diagnosticar a patologia”, e, após, “a aquisição e fornecimento de remédios, para o âmbito local e regional, evitando-se que estas retem “centralizadas” junto ao ente político central, que não teria como atendê-las com um mínimo de eficiência” (GOMES, 2016).



Portanto, ao Ministério da Saúde (União) compete efetuar os repasses de recursos destinados à aquisição de medicamentos, de acordo com as tabelas de cofinanciamento. Aos Estados e aos Municípios competem uma contrapartida de recursos financeiros para aquisição, seleção e programação dos medicamentos, além da dispensação dos medicamentos àqueles usuários do SUS que vierem a necessitar. À vista das disposições supra, depreende-se que “as ações estatais na área de saúde – nelas incluídas a realização de exames e o fornecimento de medicamentos – não se faz de forma desordenada, caso a caso, levando-se em conta tão somente a necessidade individual de cada cidadão (BRANDÃO, 2008). Em verdade, a política de saúde implica a formulação e execução de um planejamento amplo, elaborado a partir da avaliação da situação real e da identificação dos meios escassos disponíveis, com eleição das prioridades a serem atendidas e das metas a serem alcançadas (BRANDÃO, 2008).

Como se vê, portanto, a questão envolve decisões eminentemente políticas (em sua maioria adotadas em nível de colegiado pelo Conselho Nacional de Saúde), que, contemplando tanto ações curativas, quanto preventivas, inevitavelmente encontrarão limites na insuficiência de recursos para o atendimento de todas as demandas, o que torna ainda mais imprescindível o planejamento e a adoção de ações coordenadas e pré-ordenadas à concretização progressiva e ampla do direito fundamental à saúde (art. 200 da Constituição).

5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES ATINENTES À SAÚDE E RACIONALIZAÇÃO E UNIFORMIZAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Luís Roberto Barroso preleciona que o Estado deverá levar em conta a “lei da escassez”, vislumbrável nas conhecidas limitações orçamentárias, cabendo-lhe decidir entre as possíveis e diversas ações preventivas e curativas recomendáveis, fazendo-o com base em dados do Sistema Nacional de Saúde, procurando prestigiar as soluções consideradas de maior eficácia e eficiência, com vistas ao atendimento de um maior número de cidadãos e redução dos novos casos de doenças. É o que impõem, inexoravelmente, o princípio da eficiência e, no campo específico do direito à saúde, os princípios da universalidade e do tratamento isonômico, complementa o autor (BARROSO, 2016).

Nessa linha de raciocínio, não obstante a situação pela qual afirmam passar os diversos demandantes, não pode o Poder Judiciário desconsiderar a não menos grave situação da saúde pública do nosso país, em grande parte graças às dificuldades financeiras enfrentadas.

Nesse passo, deve-se admitir que, até por imperativo de ordem constitucional, somente as ações planejadas e fundadas em critérios técnicos envolvendo conhecimentos multidisciplinares (medicina, ciências sociais e estatísticas, por exemplo) poderão, em tempo razoável, levar à efetivação do direito fundamental à saúde, ampliando progressivamente o atendimento ao maior número de enfermos e alargando o campo das ações preventivas.

Assim, em se julgar procedente as inúmeras demandas que recorrem a judicialização da proteção do direito à saúde, sem se levar em conta a repartição de competências, o planejamento e as prioridades estabelecidas, comprometer-se-á ainda mais o atendimento aos indivíduos acometidos por tantas outras doenças que também buscam socorro no SUS. Mais que isso, haverá comprometimento do próprio futuro do Sistema Único de Saúde, cujas ações concatenadas nas três esferas de governo, com a participação da sociedade, restarão adiadas em face da insuficiência de receitas.

Cabe argumentar, outrossim, que os corredores dos hospitais, diariamente, evidenciam situações trágicas de pacientes do SUS que não conseguem um leito ou um atendimento minimamente normal. Por conseguinte, não parece razoável, legal ou constitucional conceder tratamento diferenciado a um indivíduo apenas em detrimento de todos os demais. A intervenção judicial há que se limitar a casos que envolvam efetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas no que diz respeito ao mínimo vital, que é a dimensão mais reduzida do princípio aludido (SARLET, 2001, p.322-323).

É cediço que as atividades dos entes estatais, não só na área da saúde, como em todas as outras, são previamente programadas e obedecem a previsões constantes em orçamentos, pois somente desta forma é possível o atendimento da comunidade como um todo e não apenas, privilegiadamente, de pessoas restritas.

São estabelecidos, para tanto, “o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, leis estas de iniciativa do Poder Executivo”, nos precisos termos do art. 165 da Constituição Federal, bem como “são realizados os procedimentos legais para aquisição dos bens de consumo ou permanentes, necessários a cada atividade administrativa”.

Com isso, denota-se que – ao menos em tese – toda a atividade pública é previamente organizada, existindo metas fixadas, com o escopo de alcançar e beneficiar a íntegra da sociedade, proporcionando-lhe melhor nível e qualidade de vida.

Se, contudo, o Judiciário avocar para si a condição de administrador, passando a ditar, sem a observância dos planos e previsões orçamentárias, em que o administrador deverá aplicar os valores arrecadados, irá criar um verdadeiro caos na Administração Pública. Em decorrência



da finitude dos recursos, faltarão verbas para serem aplicadas nos programas previamente criados e aprovados, em privilégio de uma pequena minoria que venha a obter decisão judicial favorável, acarretando real prejuízo para toda a comunidade.

Não obstante isso, consoante o art. 37 da Constituição Federal, a Administração Pública (estadual, federal ou municipal) deve seguir princípios básicos, quais sejam: “a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência”.

Por tal motivo, ensina Carmem Lúcia Antunes Rocha, no caso de serem julgadas procedentes as ações de medicamentos, “o princípio da impessoalidade restará maculado, pois esse princípio reza que a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados em geral, sem a determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza” (1994, p. 113). No entanto, para o atendimento do pleito dos inúmeros demandantes, os programas de saúde previamente estabelecidos deixarão de ser observados, na medida em que é adquirido medicamento para uma determinada e específica pessoa.

Acresça-se, ainda, que as normas insertas nas exordiais das referidas demandas, por serem programáticas, não têm forças para gerarem direitos subjetivos oponíveis contra o poder público. Nesse sentido, se traz a lume ensinamentos de José Afonso da Silva, estabelecendo que “as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes, porém, nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis” (2012, p. 73).

Segundo a Constituição, os entes federativos têm seus planos de saúde estabelecidos em lei, e, de acordo com eles, têm de dar tratamento uniforme, universal e por equidade a todos os necessitados. Para os que defendem tratar-se de normas programáticas, essas não têm forças para gerarem direitos subjetivos oponíveis contra o Estado, o que, por si só, erige-se em motivo suficiente para a improcedência dos pedidos de medicamentos para o Judiciário.

Somado a isso, a procedência das mesmas tem o condão de desestruturar a programação efetuada pelo administrador público no intuito de atender um universo mais abrangente da sociedade, pois se tratam de atitudes isoladas, divorciadas de um todo, e que somente beneficiarão uma ou outra pessoa, sem que com isso sejam solucionados os problemas da comunidade de modo geral.

Segundo Luís Roberto Barroso “quando a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial”. Pode, entretanto, ocorrer de um “direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais”, como anteriormente já foi referido, situação esta em que “deverá ser aplicado na

maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial” (BARROSO, 2016).

Assim, o Judiciário deverá intervir sempre que “um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”(BARROSO, 2016). Luís Roberto Barroso alega que se o legislador apresentar ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático (2016).

Parte-se, assim, da premissa de que “o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação”, e, de outra parte, “não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos” (BARROSO, 2016).

O Poder Judiciário, ao que parece, não pode se avocar na tarefa de fazer uma justiça de caráter macro, desautorizando ou substituindo as demais formas de se fazer políticas públicas. Não se trata de negar a possibilidade de ações individuais pleiteando o direito à saúde, mas de definir critérios republicanos para que o excesso de judicialização da saúde não macule as ações e políticas de saúde de tipo social (NUNES; SCAFF, 2011).

Ainda, segundo Luís Roberto Barroso, alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que “se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível”. No entanto, a realidade é mais dramática, pois “o que está em jogo, na complexa ponderação analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros”. Assim sendo, “não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, 2016).

Ainda conforme o ensinamento supracitado do autor, no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos (BARROSO, 2016).

Veja-se que o art. 196 da Constituição Federal “associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário” (BARROSO, 2016). Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades



prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos (BARROSO, 2016).

Foi nessa linha que entendeu a ex-Ministra Ellen Gracie, considerando inadequado fornecer medicamento que não constava da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. A ex-Ministra enfatizou que o Governo Estadual do Rio Grande do Norte não estava se negando à prestação dos serviços de saúde e que decisões casuísticas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, comprometendo ainda mais as já combalidas políticas de saúde³.

Essa mesma orientação predominou no Superior Tribunal de Justiça, em ação na qual se requeria a distribuição de medicamentos fora da lista: “havendo uma política nacional de distribuição gratuita, a decisão que obriga a fornecer qualquer espécie de substância não constante da lista de medicamentos do Ministério da Saúde fere a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnico-científicos” (STF, 2004). A princípio, “não poderia haver interferência casuística do Judiciário na distribuição de medicamentos que estejam fora da lista” (STF, 2004). Nesse contexto, os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito, não sendo razoável a ingerência recorrente do Judiciário (STJ, 2004).

³STF, DJU 14.2.2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº. 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.”

Para Luís Roberto Barroso, embora haja “presunção de que os Poderes Públicos, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem dispensados, fizeram uma avaliação adequada das necessidades prioritárias, dos recursos disponíveis e da eficácia dos medicamentos” (BARROSO, 2016), essa presunção, “por natural, não é absoluta ou inteiramente infensa a revisão judicial, embora não caiba ao Judiciário refazer as escolhas dos demais Poderes, cabe-lhe por certo coibir abusos”(BARROSO, 2016).

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente (BARROSO, 2004). O Ministro Sepúlveda Pertence afirma que o Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento (STF, 2007).

O que se propõe, entretanto, e como, bem assevera o agora Ministro Barroso, há três critérios para esse parâmetro, *in fine*:

Essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias. (2016)

Em primeiro lugar, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los.

Acrescenta o autor:

será possível ter uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (v.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. (2016).

Em segundo lugar, é comum a afirmação de que, para solucionar casos concretos – o que se poderia denominar de *micro justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro justiça* (AMARAL, 2001). Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro justiças (BARROSO, 2016).



Lembremos, ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. n.º. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples (BARROSO, 2016).

Para finalizar, em terceiro lugar, o autor diz que a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente (BARROSO, 2016).

De frisar que em ação que se venha a discutir a alteração das listas de medicamentos, é possível cogitar outros parâmetros complementares, que, do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, adotariam essa solução a fim de baratear e racionalizar o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado em questões tão complexas como a estudada.

A doutrina e a jurisprudência apontam tendências que podem orientar as decisões em sede de ações de medicamentos. A primeira, refere-se a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada nas listas elaboradas pelo Poder Público. A segunda, diz respeito a substâncias disponíveis no Brasil. A terceira alude que o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo. E, finalmente, a quarta remete ao caráter indispensável do medicamento para manutenção da vida.

Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a comprovada eficácia das substâncias. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir ‘Interferon Perguilado’ ao invés do ‘Interferon Comum’, o último já fornecido gratuitamente (BARROSO, 2016).

O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a

entrega de substâncias como o composto vitamínico "cogumelo do sol", que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia (BARROSO, 2016).

Assim sendo, Ricardo Seibel de Freitas Lima, preceitua que o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros (2006).

Seguindo a alusão de Lima, a inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS (2006). Conforme Luís Roberto Barroso, trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário (2016).

Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário (STF, 2004).

Conforme o acórdão em questão, o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida e o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional, eis que a interpretação da norma programática não deve transformá-la em promessa constitucional inconsequente (STF, 2004).

Pelas mesmas razões referidas acima, devem ser privilegiados, de regra, aqueles medicamentos genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, “nos termos da legislação em vigor (Lei nº. 6.360/76, com a redação da Lei nº. 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança, qualidade” e aprovado pela ANVISA.

Nesse sentido, o Ministro do STJ, Cesar Asfor Rocha, determinou que “para resguardar a economia pública, faz-se necessária a manutenção das portarias editadas pelo Secretário da



Administração do Estado da Bahia e relativas aos pagamentos efetuados no âmbito do Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – PLANSEV” (STJ, 2009), as quais limitam os preços dos medicamentos destinados ao tratamento de câncer e exigem o faturamento de, no mínimo, 80% de medicamentos genéricos (STJ, 2009).

Ao manter este percentual, conforme bem asseverou o Ministro, a economia daí resultante proporcionará recursos para o atendimento de mais pacientes. Há lesão às finanças públicas se esse cuidado não for observado, máxime se isso decorrer do interesse, como ocorreu no caso, de entidade que representa clínicas médicas. Estas não podem impor preços, porque toda relação contratual depende de acordo entre as partes. Se a prestação de serviços, ou o fornecimento de medicamentos não lhes convier, deles estarão desobrigadas (STJ, 2009).

Outra seria a situação se “pacientes comprovassem que não há medicamentos genéricos que atendam suas necessidades, ou que, aos preços limitados, os remédios não podem ser adquiridos; nessa hipótese, haveria afronta ao direito individual à saúde, mas, para o respectivo exercício, só estaria legitimado o paciente, em nome próprio, não as clínicas médicas”. No caso em tela, a agravante, Associação das Clínicas Oncológicas da Bahia - ASCOB, “apenas alegou, sem qualquer comprovação, que as portarias em debate acarretarão prejuízos à saúde dos usuários” (STJ, 2009).

Luís Roberto Barroso alega que a discussão sobre a inclusão de novos medicamentos na listagem que o Poder Público deverá oferecer à população deve considerar, como um parâmetro importante, além dos já referidos, a relação mais ou menos direta do remédio com a manutenção da vida (2016).

Nesse sentido, em um contexto de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes, evidentemente, terá preferência sobre outro que apenas é capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, sem, entretanto, ser essencial para a sobrevivência. Se de um lado, o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, de outro, a ineficácia no sistema de saúde pela administração dos entes responsáveis, tornam necessária a busca pela efetivação do direito à saúde por meio do Judiciário. Diante dessa realidade incontroversa, há que se adotar critérios razoáveis a fim de conciliar o dever estatal de fornecer medicamentos à população e as dificuldades encontradas para racionalizar e universalizar esse direito por meio do Judiciário.

6. CONCLUSÕES

O direito à saúde é tema instigante e merece atenção. A abordagem de seus princípios, por meio da ponderação entre o direito à saúde de um *versus* o direito à saúde da coletividade, a organização do sistema de saúde e, principalmente, a apreciação dos critérios de racionalização e uniformização da atuação judicial no fornecimento de remédios e as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário que muitas vezes têm inviabilizado o acesso à efetiva tutela jurisdicional merece destaque no atual cenário jurídico.

Numa perspectiva, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa, podendo levar ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar o atendimento da população. Noutra visão, o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida e deve ser assegurado a toda coletividade.

Nesse aparente conflito, buscou-se reforçar a necessidade de adequação dos procedimentos utilizados na esfera administrativa para melhor utilização possível dos recursos públicos com intuito de garantir a todos o “mínimo indispensável à sobrevivência”, de forma a evitar uma desestruturação do orçamento público.

Faz-se necessário bom senso por parte da Justiça, em não conceder medicamentos em fase experimental, e que não tenham sua eficácia comprovada, para garantir o acesso a medicamentos e outros procedimentos a maioria da população brasileira ante o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, conforme estabelece a Constituição Federal em seu artigo 194, inciso III.

Essa análise, feita pelos princípios da seletividade e distributividade, configura um contraponto ao princípio da universalidade que afirma que a seguridade social deve oferecer amparo para todas as situações da vida geradoras de necessidades, contingências, adversidades ou acontecimentos em que a pessoa não tenha condições de subsistência. Logo, por um lado há a afirmação de que *todos* têm direito a proteção social, entretanto, há uma seleção daqueles que mais necessitam (FORTES; PAULSEN, 2005, p.318).

É possível concluir que a unificação dos entendimentos administrativos e judiciais é necessária, principalmente nos casos de pequena complexidade, para que se evitem as demandas repetitivas e desnecessárias, com o intuito de que as pessoas enfermas e sem recursos possam ter um tratamento em consonância com os princípios constitucionais básicos em busca da efetivação da justiça social.

Para isso, o fornecimento de medicamentos deve obedecer a previsões orçamentárias, sendo que a decisão que determina a distribuição de remédios é de cunho político-administrativo.



Assim, a atuação do Poder Judiciário deve ser limitada a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, já que há estudos técnicos elaborados de forma ética e segura por profissionais, evitando gastos com tratamentos duvidosos.

Por fim, a aplicação do erário público deve ser pautada pelo princípio da eficiência, procurando a melhor utilização possível a fim de alcançar a maior amplitude de beneficiados. Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de critérios de racionalização e uniformização como forma de garantir o respeito às normas constitucionais, bem como os direitos fundamentais dos cidadãos, tornando o dever do Estado eficaz, diante das necessidades sociais, que devem ser analisadas caso a caso, obedecendo orçamento e parâmetros específicos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. **SUS**: o que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde, Volume 1. São Paulo: Editora Atheneu, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 09. jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde**. 2008. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: princípios e conquistas. 2001.

BRASIL. Lei n. 8080, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 20 de setembro de 1990.



BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em <<http://www.sms.fortaleza.ce.gov.br>>. Acesso em: 29 mai. 2016.

BRASIL. Portaria n. 3916, de 30 de outubro de 1998. Institui a Política Nacional de Medicamentos. **Diário Oficial da União**, 10 de novembro de 1998.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg na SLS.963/BA**, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 18/11/2009, DJe 17/12/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **DJU 14.2.2007, SS 3.073/RN**, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **DJU 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **DJU 26 out. 2004, RE 411557/DF**, Rel. Min. Cezar Peluso.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GOMES, Carlos Alberto Pereira. **A assistência farmacêutica no Brasil: Análise e Perspectiva**. Disponível em: <<http://www.cgee.org.br>>. Acesso em: 30 mai.2016.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. Direito Público, 2006.

MATOSINOS, Luciana Maria. **O Direito à Saúde aos pacientes com Câncer**. 2008. Disponível em:<<http://direito.newtonpaiva.br>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

NEGRI, Barjas. **A Política Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <<http://www.dtr2001.saude.gov.br>>. Acesso em: 30 mai.2016.

NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUARESMA, Heloisa. **O Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento no Direito da Seguridade Social**. 2008. Disponível em: <<http://www.heloisaquaresma.com>>. Acesso em: 05 mai. 2016.

RORIZ, Liliane. **Conflito entre Normas Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Coleção sinopses jurídicas; v. 25.



SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo, RT, 2012.

SILVA, Juvêncio Borges; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **Acesso à justiça: Judicialização das políticas públicas de saúde: a relação tensional entre o político e o jurídico no acesso a efetivação de direitos fundamentais de saúde**. Florianópolis: Compedi, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/xjU62YPuy7j5r2Zm.pdf>

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde**: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 16 mai. 2016.